

LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE CORRUPCIÓN: UNA VÍA POTENCIAL PARA LA PERSECUCIÓN EXTRATERRITORIAL DE VIOLACIONES GRAVES DE DERECHOS HUMANOS COMETIDAS POR EMPRESAS TRANSNACIONALES

INTERNATIONAL TREATIES ON CORRUPTION: A POTENTIAL PATH TO EXTRATERRITORIALLY PROSECUTE SERIOUS VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS COMMITTED BY TRANSNATIONAL COMPANIES

ROSA ANA ALIJA FERNÁNDEZ*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS VIOLACIONES GRAVES DE DERECHOS HUMANOS: ¿UNA FORMA DE CORRUPCIÓN? III. VENTAJAS DE SUBSUMIR LAS VIOLACIONES GRAVES DE DERECHOS HUMANOS COMETIDAS POR EMPRESAS EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN. IV. INCONVENIENTES DE SUBSUMIR LAS VIOLACIONES GRAVES DE DERECHOS HUMANOS COMETIDAS POR EMPRESAS EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Ante las dificultades para enjuiciar por vía penal las violaciones graves de derechos humanos constitutivas de crímenes de Derecho internacional cuando en su comisión están implicadas empresas transnacionales, cabe considerar la posibilidad de castigarlas como delitos de corrupción. Los tratados internacionales en esta materia ofrecen elementos para defender este planteamiento, además de proporcionar algunas ventajas si se sigue esa vía, entre las que destaca el facilitar su procesamiento extraterritorial. No obstante, aunque pueda ser una estrategia potencialmente útil, también presenta algunos inconvenientes significativos.

ABSTRACT: *Given the difficulties to prosecute serious violations of human rights amounting to international core crimes when there are transnational companies involved in their commission, punishing them as*

Fecha de recepción del trabajo: 21 de febrero de 2020. Fecha de aceptación de la versión final: 12 de mayo de 2020.

* Profesora agregada de Derecho internacional público de la Universitat de Barcelona. ralija@ub.edu. Este estudio ha sido elaborado en el marco de los proyectos La territorialidad como límite de la jurisdicción del Estado ante conductas de actores privados no estatales que repercuten en la efectividad de los derechos humanos internacionalmente reconocidos (DER2015-67026-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y Atrocitats amb saldo positiu? A la cerca de fonaments per fer front a la implicació de les empreses privades en les violacions de drets humans amb programes estatals de reparacions (2016RICIP00008), financiado mediante una ayuda a la investigación del Institut Català Internacional per la Pau en el marco de su Plan plurianual.

crimes of corruption merits consideration. International treaties in this field provide elements to defend this stance. Besides, this path provides some advantages, particularly the facilitation of their extraterritorial prosecution. However, although a potentially useful strategy, it also presents significant drawbacks.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos; corrupción; empresas transnacionales; jurisdicción extraterritorial.

KEYWORDS: Human rights; corruption; transnational companies; extraterritorial jurisdiction.

I. INTRODUCCIÓN

La implicación de empresas en la comisión de violaciones graves de derechos humanos constitutivas de crímenes de Derecho internacional no es en absoluto novedosa. Ya en la segunda posguerra mundial los juicios a empresarios que habían colaborado con el gobierno nazi¹ pusieron de relieve las provechosas alianzas que se llegan a forjar entre empresas y regímenes militares y dictatoriales, y que con el desarrollo del actual contexto de globalización han sido y son aprovechadas por empresas transnacionales que operan en Estados distintos de aquellos donde se ubica su matriz. Como indica Manacorda, la cooperación de las empresas con regímenes que violan los derechos humanos se suele traducir para las primeras en la obtención de un beneficio económico de los actos de violencia estatal y en la facilitación de la comisión de tales crímenes mediante el aporte de los medios materiales necesarios para perpetrarlos, o incluso mediante la participación directa en la represión².

¹ Son significativos los juicios contra industriales celebrados ante tribunales militares estadounidenses con sede en Nuremberg. En el asunto *IG Farben*, el tribunal afirmó en la sentencia que “where a private individual or a *juristic person* becomes a party to unlawful confiscation of public or private property by planning and executing a well-defined design to acquire such property permanently, acquisition under such circumstances subsequent to the confiscation constitutes conduct in violation of the Hague Regulations” (MILITARY TRIBUNAL VI, *The I.G. Farben Case [The United States of America vs. Carl Krauch, et al.]*, “Decision and Judgment of the Tribunal”, en NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS UNDER CONTROL COUNCIL LAW NO. 10, *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10. Nuernberg, October 1946-April 1949*, vol. VIII, U.S. Government Printing Office, Washington, 1952, pp. 1132-1133, énfasis añadido). El tribunal consideró que “the proof establishes beyond a reasonable doubt that offenses against property as defined in Control Council Law No. 10 were committed by [IG] Farben, and that these offenses were connected with, and an inextricable part of the German policy for occupied countries as above described. [...] The action of [IG] Farben and its representatives, under these circumstances, cannot be differentiated from the acts of plunder or pillage committed by officers, soldiers, or public officials of the German Reich” (*ibid.*, p. 1140, énfasis añadido). Sin embargo, reconoció también que en ese caso se estaba juzgando a individuos, no a empresas: “the corporate defendant, [IG] Farben, is not before the bar of this Tribunal and cannot be subjected to criminal penalties in these proceedings” (*ibid.*, p. 1153). En similares términos se plantearon los casos *Krupp* y *Flick*. Sobre estos y otros precedentes, *vid.* MAGRAW, K., “Universally Liable? Corporate-Complicity Liability under the Principle of Universal Jurisdiction”, *Minnesota Journal of International Law*, vol. 18, n° 2, 2009, pp. 470-471.

² MANACORDA, S., “Towards an Anti-Bribery Compliance Model: Methods and Strategies for a «Hybrid Normativity»”, en MANACORDA, S., CENTONZE, F. y FORTI, G. (eds.), *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, Springer, Cham / Heidelberg / New York / Dordrecht / London, 2014, pp. 16-17.

Sin embargo, las dificultades para procesar a las empresas responsables de violaciones graves de derechos humanos cometidas en el extranjero son manifiestas³. Junto al hecho de que no todos los Estados prevén en sus ordenamientos internos la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de crímenes de Derecho internacional⁴, uno de los principales problemas que se plantean es la limitada jurisdicción extraterritorial de los Estados sobre estos hechos⁵, normalmente basada en el principio de jurisdicción universal. Al respecto, dos son los mayores inconvenientes que se observan. Por una parte, la creciente tendencia de los Estados a restringir el alcance de la jurisdicción universal ante violaciones graves de derechos humanos⁶ -incluso cuando constituyen crímenes de Derecho internacional- (por ejemplo, exigiendo alguna conexión relevante con el Estado del foro, previendo la subsidiariedad de la competencia judicial, o haciendo depender de la discrecionalidad del poder ejecutivo el ejercicio la acción penal⁷) reduce las posibilidades de enjuiciar a los presuntos responsables de tales hechos⁸. Por otra parte,

³ La mayoría de los casos planteados contra empresas por violaciones de derechos humanos cometidas extraterritorialmente ha seguido la vía civil. No obstante, la vía penal está siendo explorada en algunos Estados, como Países Bajos (por ejemplo, la querrela contra Lima Holding B.V., empresa matriz de Riwal, por crímenes de guerra derivados de su implicación en la construcción del muro entre Israel y Palestina -desestimada por considerarse que la contribución de la empresa fue menor-), Suiza (por ejemplo, la querrela contra Argor-Hereus SA -*vid. infra* este apartado-, o la interpuesta contra Nestlé, por su implicación en el asesinato de un sindicalista colombiano -el delito se consideró prescrito-), o sobre todo Francia, donde siguen abiertos los procesos penales contra las empresas Amesys y Qosmos (por haber proporcionado equipamiento tecnológico que facilitó la identificación, detención y tortura de disidentes en Libia y Siria, respectivamente) y Lafarge (complicidad en la comisión de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra en Siria).

⁴ Es el caso de Alemania, como se refleja en el caso de la implicación de Danzer Group y su filial SIFORCO en las violaciones de derechos humanos sufridas por la población de Bongulu (República Democrática del Congo), atacada por la policía y el ejército congoleños en 2011. El asunto llegó a los tribunales alemanes, donde solo fue posible plantear una querrela (sin éxito) contra un directivo de Danzer, Olof von Gager, al no estar prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

⁵ GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. y MORENO GONZÁLEZ, G., *Empresas transnacionales y Derechos Humanos. La necesidad de un instrumento vinculante*, Bomarzo, Albacete, 2018, p. 37.

⁶ Al respecto, *vid.* por ejemplo ALIJA FERNÁNDEZ, R. A., “El alcance de la jurisdicción universal a la luz de la evolución de la práctica estatal”, *Tiempo de Paz*, n° 112, 2014, pp. 13-18.

⁷ Aunque ello no necesariamente impide el ejercicio de jurisdicción extraterritorial. Así, tras la autorización del gobierno sueco, se pudo iniciar el proceso contra dos directivos de Lundin Petroleum por atrocidades cometidas entre 1997 y 2003 en el territorio del actual Sudán del Sur. En Suecia solo pueden ser procesadas personas físicas, aunque están previstas penas corporativas (Cap. 36, Sec. 7 a 10a del Código Penal sueco, en <https://www.government.se/498621/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf>, última consulta: 08/05/20).

⁸ Esta tendencia restrictiva queda bien ejemplificada con los casos de España y Bélgica. En España se sucedieron diversas reformas legislativas (Leyes Orgánicas 1/2009 y 1/2014) para restringir el alcance absoluto del principio de jurisdicción universal que en origen presentaba el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en España. Al respecto, *vid.* SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “El fin del modelo español de jurisdicción universal”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 27, 2014, pp. 1-40; ALIJA FERNÁNDEZ, R. A., “The 2014 Reform of Universal Jurisdiction in Spain. From All to Nothing”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, vol. 13, 2014, pp. 717-727. En 2003, la ley belga de 1993 (*Loi relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire*, en la denominación resultante de la enmienda de 1999) fue objeto de dos modificaciones con apenas unos meses de diferencia para restringir las condiciones de competencia de los tribunales belgas ante crímenes de Derecho internacional. Sobre este particular, *vid.* REYDAMS, L., “Belgium Reneges on Universality: The 5 August 2003 Act on Grave Breaches of International Humanitarian Law”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, n° 3, 2003, pp. 679-689; SÁNCHEZ LEGIDO, Á., *cit.*, pp. 15-16.

aunque muchos Estados han adaptado sus ordenamientos jurídicos para poder cumplir con las obligaciones dimanantes del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI)⁹, dicha adaptación parece haber incidido negativamente sobre el principio de jurisdicción universal¹⁰. Cabe recordar además que el ECPI solo prevé la responsabilidad penal de individuos, y no de personas jurídicas¹¹, por lo que su traslación a los ordenamientos jurídicos internos no tiene por qué traducirse en una extensión de la atribución de responsabilidad penal a las empresas por la comisión de crímenes previstos en el Estatuto. Al contrario, la creciente tendencia a incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las legislaciones estatales podría ser un catalizador para que los Estados partes del ECPI reintroduzcan este tema en su agenda, como apunta Carolina Kaeb¹².

En este contexto, este estudio pretende evaluar si los tratados internacionales que abordan la corrupción desde la perspectiva de la cooperación penal internacional pueden ser una herramienta útil para ejercer jurisdicción penal extraterritorial sobre la comisión de violaciones graves de derechos humanos por parte de empresas transnacionales que operan en el territorio de un Estado distinto de aquel donde tienen su matriz. La correlación negativa entre la corrupción y el disfrute de los derechos humanos viene siendo puesta de relieve en las últimas décadas por las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales y la doctrina. En palabras del antiguo Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), Kofi Annan, la corrupción “da pie a violaciones de los derechos humanos”¹³, algo que corroboran los estudios en la materia, que tienden a dar por hecho que un gobierno corrupto es un

⁹ QUESADA ALCALÁ, C., “Las normas nacionales de adecuación al Estatuto de Roma y de cooperación con la Corte”, en INSTITUT CATALÀ INTERNACIONAL PER LA PAU (ICIP), *El futuro de la Corte Penal Internacional. Hacia el X aniversario de la entrada en vigor del Estatuto de Roma*, ICIP, Barcelona, 2012, pp. 30-31.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 31-32.

¹¹ En todo caso, nada impide que los representantes de la persona jurídica sean juzgados a título individual (THOMPSON, R., RAMASASTRY, A. y TAYLOR, M. B., “Translating Unocal: The Expanding Web of Liability for Business Entities Implicated in International Crimes”, *George Washington International Law Review*, vol. 40, n° 4, 2009, p. 871; SCHEFFER, D., “Corporate Liability under the Rome Statute”, *Harvard International Law Journal*, vol. 57, 2016, Online Symposium, pp. 35-36).

¹² KAEB, C., “The Shifting Sands of Corporate Liability under International Criminal Law”, *The George Washington International Law Review*, vol. 49, n° 2, 2016, pp. 353-354. *Vid.* también KYRIAKAKIS, J., “Corporations before International Criminal Courts: Implications for the International Criminal Justice Project”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 30, n° 1, 2017, pp. 235-236. *Cfr.* AMBOS, K., “Responsabilidad penal internacional de las empresas: una aproximación desde la perspectiva de la praxis jurídica”, en AMBOS, K y BÖHM, M. L. (eds.) y URQUIZO, G. (coord.), *Empresas transnacionales y graves violaciones de derechos humanos en América Latina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 96-99.

¹³ ANNAN, K., “Prefacio”, en UNODC, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Naciones Unidas, Nueva York, 2004, p. iii. *Vid.* asimismo SEPÚLVEDA CARMONA, M., *La corrupción y los derechos humanos. Estableciendo el vínculo*, Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos/Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Versoix / Monterrey, 2009; NASH ROJAS, C., AGUILÓ BASCUÑÁN, P. y BASCUR CAMPOS, M. L., *Corrupción y Derechos Humanos: Una mirada desde la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos - Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2014, pp. 26-29; HESS, D., “Business, Corruption, and Human Rights: Towards a New Responsibility for Corporations to Combat Corruption”, *Wisconsin Law Review*, n° 4, 2017, pp. 642 y 664.

gobierno que previsiblemente viola los derechos humanos¹⁴, a la vez que demuestran que la impunidad por delitos económicos retroalimenta la impunidad por violaciones graves de derechos humanos¹⁵. Incluso, entre la doctrina se ha llegado a plantear la discusión sobre si la ausencia de corrupción (“freedom from corruption”) debería ser considerada un derecho humano *per se*¹⁶. Es sintomática la atención que el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (CDH) viene prestando al tema, plasmada en diferentes decisiones y resoluciones¹⁷ y en la solicitud al Comité Asesor de un informe sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos¹⁸. Además, el informe al 44º período de sesiones del CDH (junio de 2020) del Grupo de Trabajo de la ONU sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (GTEDH) pretende aclarar “cómo la corrupción que involucra al sector privado repercute en los titulares de derechos en lo que respecta a la corrupción que está vinculada a los abusos de los derechos humanos, los causa o contribuye a ellos”¹⁹. Esta

¹⁴ COCKCROFT, L., *Corruption and Human Rights: A Crucial Link*, Transparency International, Berlin, 19 October 1998, p. 1; CARRANZA, R., “Plunder and Pain: Should Transitional Justice Engage with Corruption and Economic Crimes?”, *International Journal of Transitional Justice*, vol. 2, 2008, p. 311. Los análisis empíricos de Todd Landman y Carl Jan Willem Schudel confirman en cierta medida esta afirmación (LANDMAN, T. y SCHUDEL, C. J. W., *Corruption and Human Rights: Empirical Relationships and Policy Advice*, Working Paper, The International Council on Human Rights Policy, Review Meeting: Corruption and Human Rights, Geneva, 28-29 July 2007, p. 19, párr. 36), aunque modulan la relación causa-efecto (*ibid.*, p. 19, párr. 37). Desde la óptica inversa, la promoción y protección de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción se complementan y refuerzan mutuamente (NASH ROJAS, C., AGUILÓ BASCUÑÁN, P. y BASCUR CAMPOS, M. L., *cit.*, pp. 29-32).

¹⁵ CARRANZA, R., *cit.*, p. 314. Cfr. DAVIS, K. E., “Corruption as a Violation of International Human Rights: A Reply to Anne Peters”, *European Journal of International Law*, vol. 29, n° 4, 2018, p. 1296, para quien la impunidad por corrupción no necesariamente implica violaciones de derechos humanos.

¹⁶ A favor, por ejemplo, KOFELE-KALE, N., “The Right to a Corruption-Free Society as an Individual and Collective Human Right: Elevating Official Corruption to a Crime under International Law”, *The International Lawyer*, vol. 34, n° 1, 2000, pp. 149-178; MURRAY, M. y SPALDING, A., “Freedom from Official Corruption as a Human Right”, *Governance Studies at Brookings*, January 2005, pp. 1-15. En contra, PAMULA, A., “The Problem With Framing Freedom From Corruption as a Human Right”, *The Global Anticorruption Blog*, 29/05/15, disponible en <https://globalanticorruptionblog.com/2015/05/29/the-problem-with-framing-freedom-from-corruption-as-a-human-right/> (última consulta: 08/05/20); PETERS, A., “Corruption as a Violation of International Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 29, n° 4, 2018, p. 1256.

¹⁷ ONU, doc. A/HRC/RES/21/13, *Mesa redonda sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos*, 27 de septiembre de 2012, y docs. A/HRC/RES/23/9, 13 de junio de 2013; A/HRC/DEC/26/115, 10 de julio de 2014; A/HRC/RES/29/11, 2 de julio de 2015; A/HRC/RES/35/25, 23 de junio de 2017, todos ellos sobre *Las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos*. Sobre iniciativas previas en el seno de la ONU, *vid.* JOINET, L. y GILLIBERT, P., “Nations Unies: de la lutte contre l’impunité des violations graves des droits de l’homme à la lutte contre la corruption”, en BORGHI, M. y MEYER-BISCH, P. (eds.), *La corruption: l’envers des droits de l’homme*, Éditions Universitaires Fribourg (Suisse), Fribourg, 1995, pp. 241-245.

¹⁸ ONU, doc. A/HRC/28/73, *Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos*, 5 de enero de 2015.

¹⁹ GTEDH, *Consulta de múltiples partes interesadas y solicitud de insumos. Conectando las empresas y los derechos humanos con la lucha contra la corrupción*, p. 1, disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/WG/Call/Final_call_for_inputs_Consultation_WG_BHR_25th_session_SP.pdf, y *Connecting business and human rights with anti-corruption. Preliminary concept note by the UN Working Group on Business and Human Rights*, disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/WGCorruptionBHR.pdf> (última consulta de ambos sitios web: 08/05/20). Por el contrario, el Proyecto revisado de instrumento jurídicamente vinculante para

preocupación por la conexión entre corrupción y derechos humanos se observa también a nivel regional, destacando los trabajos que se vienen desarrollando en el ámbito interamericano²⁰.

Así las cosas, lo que aquí se pretende no es profundizar en el examen del impacto que la corrupción tiene en el disfrute de los derechos humanos, sino explorar la posibilidad de subsumir las violaciones graves de derechos humanos en alguna/s de las modalidades delictivas que recogen los tratados internacionales sobre corrupción, de forma que ello pueda justificar la aplicación a tales supuestos de las disposiciones convencionales sobre jurisdicción penal a la comisión de tales violaciones por empresas transnacionales. Se trata de una estrategia apenas explorada ante los tribunales penales internos, más allá de la querrela interpuesta contra Argor-Hereus SA ante los tribunales suizos (archivada en 2015 por falta de pruebas) por el presunto blanqueo de oro saqueado por el Frente Nacionalista e Integracionista (FNI), grupo armado de la República Democrática del Congo (RDC)²¹ que habría utilizado los beneficios de la venta del oro para financiar sus operaciones y comprar armas, y la denuncia presentada en Londres contra la compañía británica Hussar Ltd por los mismos hechos²².

Por “violaciones graves de derechos humanos” se entenderán aquí aquellos incumplimientos flagrantes o sistemáticos de la obligación de respetar los derechos

regular, en el Derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas (2019) no hace referencia expresa a la incidencia de la corrupción sobre los derechos humanos, aunque implícitamente esa idea parece subyacer al art. 5.5 (“In setting and implementing their public policies with respect to the implementation of this [Legally Binding Instrument], State Parties shall act to protect these policies from commercial and other vested interests of persons conducting business activities, including those of transnational character, in accordance with domestic law”). En cambio, abstenerse de prácticas corruptas sí se incluía en el Proyecto de Código de conducta para las empresas transnacionales -ONU, doc. E/1983/17/Rev.1 (Supp) - E/C.10/1983/S/5/Rev.1, *Commission on Transnational Corporations. Report on the Special Session, 7-18 March and 9-21 May 1983*, pp. 15-16, párr. 20-.

²⁰ Vid. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (COM.IDH), *Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1 de noviembre de 2019, p. 39, párr. 53; COM.IDH, *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*, OAS/Ser.L/V/II, Doc. 236, 6 de diciembre de 2019. En el marco del Consejo de Europa, vid. GRECO, *Corruption and Human Rights*, disponible en <https://rm.coe.int/factsheet-human-rights-and-corruption/16808d9c83>, o DIRECTORATE OF INTERNAL OVERSIGHT, *Evaluation of the Council of Europe's Support in the Fight against Corruption*, Council of Europe, Strasbourg, 2018, p. 15, disponible en <https://rm.coe.int/090000168093368f>. En la Unión Africana, vid. DEPARTMENT OF POLITICAL AFFAIRS - AFRICAN UNION COMMISSION, *Concept Note. Africa Human Rights Day: "Fighting Corruption and Advancing Human Rights: Our Collective Responsibility"*, 21 October 2018, disponible en https://www.achpr.org/public/Document/file/English/african_human_rights_day_concept_note.pdf (última consulta de los sitios web: 08/05/20).

²¹ Donde cometió numerosas atrocidades (vid. HUMAN RIGHTS WATCH, *The Curse of Gold. Democratic Republic of Congo*, HRW, New York / Washington / London / Brussels / Geneva, 2005, pp. 2 y 36-57). Uno de sus líderes, Mathieu Ngudjolo Chui, fue procesado por la Corte Penal Internacional (caso n° ICC-01/04-02/12) y finalmente absuelto por no haber quedado probada su responsabilidad más allá de toda duda razonable.

²² TRIAL, *Argor-Heraeus SA and Hussar Limited*, 16/05/16 (actualizado a 11/06/2019), disponible en <https://trialinternational.org/latest-post/argor-heraeus-sa-and-hussar-limited/> (última consulta: 08/05/2020). La investigación en Reino Unido sigue en curso.

humanos considerados fundamentales, esto es, protegidos por normas imperativas de Derecho internacional general²³. Precizando más, y trasladando esta caracterización al ámbito penal, se tomarán en consideración aquellas conductas constitutivas de crímenes de Derecho internacional propiamente dichos²⁴ (*international core crimes* o “the most serious crimes of concern to the international community as a whole”, en la fórmula usada por el preámbulo del ECPI, reproducida en el art. 8 del Proyecto revisado de instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el Derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas [en adelante Proyecto revisado 2019]): genocidio, crímenes contra la humanidad y, en su caso, crímenes de guerra. Se busca de esta forma poder comparar las ventajas e inconvenientes que el enfoque propuesto presenta respecto de los mecanismos propios del Derecho internacional penal.

A tal fin, se examinarán los principales tratados internacionales sobre corrupción con vistas a identificar el hipotético encaje en sus disposiciones de las violaciones graves de derechos humanos, así como el alcance de la jurisdicción establecida en los mismos y su extensión a las personas jurídicas. Para ello se comenzará por determinar cómo las violaciones graves de derechos humanos podrían incluirse entre las conductas prohibidas en tales instrumentos (§ II), tras lo cual se valorará críticamente la utilidad de la propuesta, prestando especial atención a sus ventajas (sobre todo a la hora de perseguir extraterritorialmente a las personas jurídicas responsables de violaciones graves de derechos humanos) (§ III) y sus inconvenientes (§ IV). El estudio se cerrará con las conclusiones resultantes del análisis (§ V).

II. LAS VIOLACIONES GRAVES DE DERECHOS HUMANOS: ¿UNA FORMA DE CORRUPCIÓN?

Cinco son los principales tratados internacionales que en el ámbito universal y/o regional regulan la cooperación penal internacional en relación con delitos de corrupción: la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada mediante la

²³ Se sigue en este punto el art. 40 del Proyecto de Artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 2001. Es sistemática la violación que se lleva a cabo “de manera organizada y deliberada”, mientras que “flagrante” alude “a la intensidad de la violación o de sus efectos” (CDI, Comentario al art. 40, apdo. 8, *Anuario de la CDI 2001*, vol. II/2, p. 121).

²⁴ Se sigue la terminología usada por Doudou Thiam para referirse a aquellos crímenes tipificados directamente por el Derecho internacional público, por oposición a otras modalidades delictivas reguladas en tratados internacionales que establecen la obligación de los Estados partes de tipificarlas en sus ordenamientos jurídicos internos, como ocurre con los crímenes transnacionales, de los que la corrupción de agentes extranjeros (*vid. infra* apartado II) es un buen ejemplo (ONU, doc. A/CN.4/364, *Primer informe sobre el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial*, 18 de marzo de 1983, en *Anuario de la CDI 1983*, vol. II/1, Naciones Unidas, Nueva York, 1985, pp. 152-153, párr. 31 y 34).

Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003²⁵ (en adelante Convención ONU); la Convención Interamericana contra la Corrupción (B-58), adoptada por la Organización de Estados Americanos en Caracas el 29 de marzo de 1996²⁶ (en adelante, Convención OEA); la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en París el 17 de diciembre de 1997²⁷ (en adelante, Convención OCDE); el Convenio penal sobre la corrupción (ETS n° 173) del Consejo de Europa (CoE), adoptado en Estrasburgo el 27 de enero de 1999²⁸ (en adelante, Convenio CoE), y la Convención de la Unión Africana (UA) sobre la prevención y lucha contra la corrupción, adoptada en Maputo el 11 de junio de 2003²⁹ (en adelante, Convención UA).

El número de ratificaciones de estos tratados internacionales revela un alto grado de seguimiento, lo que sugiere un consenso generalizado entre los Estados respecto de la necesidad de tipificar, reprimir y sancionar los actos de corrupción. En consecuencia, poder reconducir a sus disposiciones las violaciones graves de derechos humanos incrementa las posibilidades de lograr el procesamiento extraterritorial de estas conductas, superando las reticencias y los límites jurídicos que siguen existiendo en muchos Estados para responsabilizarlas penalmente por tales conductas. A tal fin, se identificarán a continuación los tipos penales previstos en los distintos instrumentos objeto de análisis (§ 1) para poder establecer en cuál/es de ellos podrían encajar las violaciones graves de derechos humanos como elementos de la acción típica (§ 2).

1. Conductas delictivas previstas en los tratados internacionales sobre corrupción

Los cinco tratados mencionados recogen diversos comportamientos que los Estados deberán tipificar en sus ordenamientos jurídicos internos, aunque, como se verá, unos textos lo hacen con más amplitud que otros. Asimismo, hay ciertas variaciones en cuanto a los agentes (públicos –nacionales o/e internacionales- o/y privados) que pueden verse implicados en los delitos.

²⁵ BOE n° 171, de 19 de julio de 2006, pp. 27132-27153. En vigor desde el 14 de diciembre de 2005. En mayo de 2020 contaba con 187 Estados partes; además, Barbados y Siria la han firmado, aunque no la han ratificado, si bien Barbados es parte de la Convención OEA.

²⁶ En vigor desde el 3 de junio de 1997, con 34 Estados partes a mayo de 2020 (todos los miembros de la OEA salvo Cuba).

²⁷ BOE n° 46, de 22 de febrero de 2002, pp. 7155-7159. En vigor desde el 15 de febrero de 1999, con 44 Estados partes a mayo de 2020 (todos los miembros de la OCDE más Argentina, Brasil, Bulgaria, Colombia, Costa Rica, Lituania, Perú, Rusia y Sudáfrica).

²⁸ BOE n° 182, de 28 de julio de 2010, pp. 65780-65812. En vigor desde el 1 de julio de 2002, con 48 Estados partes a mayo de 2020 (todos los miembros del Consejo de Europa más Bielorrusia); además, ha sido firmado por México y Estados Unidos. En el marco del CoE también se ha adoptado el Convenio Civil sobre Corrupción (ETS n° 174), que no será objeto de análisis en este estudio, centrado exclusivamente en la jurisdicción penal.

²⁹ En vigor desde el 5 de agosto de 2006. En mayo de 2020, 43 de los 55 Estados miembros de la UA eran parte de la Convención y otros 6, firmantes. Solo Cabo Verde, República Centroafricana y Marruecos no habían realizado acción alguna en relación con este tratado, si bien los tres son parte de la Convención ONU.

La Convención ONU, la única de ámbito universal, cubre una amplia variedad de conductas delictivas en las que pueden estar implicados tanto funcionarios públicos (nacionales, extranjeros o de una organización internacional) como actores privados. Comenzando por el *soborno* tanto de funcionarios públicos -nacionales, extranjeros o de una organización internacional (arts. 15 y 16)- como en el sector privado –en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales (art. 21)-, en su versión activa consiste en la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales. En el caso de los funcionarios públicos extranjeros o de una organización internacional, la finalidad es más específica, ya que el soborno debe estar orientado a lograr que actúen o se abstengan de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales “para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales” (art. 16.1). El soborno activo en el sector privado se configura de manera similar, si bien en ese supuesto el destinatario del soborno será una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella; la finalidad buscada es que, “faltando al deber inherente a sus funciones”, esa persona actúe o se abstenga de actuar, y no se prevé que el beneficio indebido pueda redundar en provecho de una entidad (art. 21.a). En su versión pasiva, supone que un funcionario público (arts. 15 y 16) solicita o acepta, en forma directa o indirecta, un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales. Esta modalidad está también prevista respecto del sector privado (art. 21.b), siendo extrapolables las especificidades apenas señaladas.

Junto al soborno, se recoge también en el convenio el *tráfico de influencias* (art. 18), consistente en la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona (delito activo)/la solicitud o aceptación por un funcionario público (delito pasivo), en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado parte un beneficio indebido. También se incluyen tanto la *malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes* por parte de un funcionario público (art. 17) como la malversación o peculado de bienes, cometidos intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella (art. 22); el *abuso de funciones* (art. 19), es decir, la realización u omisión de un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad; el *enriquecimiento ilícito* (art. 20), o sea el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él, y el *blanqueo del producto del delito* (art. 23). Finalmente, la convención incluye los delitos de encubrimiento (art. 24) y obstrucción a la justicia (art. 25) en relación con las conductas delictivas que enumera.

El Convenio CoE también regula varios comportamientos delictivos en este ámbito, comenzando por el delito de *corrupción*³⁰ (arts. 2 a 11), equivalente al soborno en la Convención ONU. Así pues, considera delictivos tanto “el hecho de proponer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida” a alguna de las distintas personas enumeradas en el convenio³¹ para sí misma o para alguna otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones (soborno activo) como el hecho de que una de esas personas solicite o reciba, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida para sí misma o para alguna otra, o de que acepte la oferta o promesa de esa ventaja, con el fin de realizar o de abstenerse de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones (soborno pasivo). También recoge el *tráfico de influencias* (art. 12), el *blanqueo del producto de delitos de corrupción* (art. 13)³², y los *delitos contables* (art. 14).

Por su parte, la Convención OEA enumera en su art. VI una serie de conductas típicas que califica de “actos de corrupción”: el *soborno pasivo* (art. VI.1.a) y *activo* (art. VI.1.b), el *abuso de funciones* (art. VI.1.c), y el *aprovechamiento doloso u ocultación de bienes* provenientes de cualesquiera de los actos de corrupción indicados (art. VI.1.d). Además, permite a los Estados, por acuerdo mutuo, ampliar el alcance de la convención en sus relaciones respecto de cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella (art. VI.1.2). Asimismo, incluye el *soborno transnacional* -a funcionarios públicos de otro Estado- (art. VIII) y el *enriquecimiento ilícito* (art. IX). Para ambos casos, la convención prevé dos posibles escenarios, con diferentes consecuencias jurídicas: por un lado, entre aquellos Estados que los hayan tipificado en sus ordenamientos jurídicos internos serán considerados actos de corrupción a los efectos de la convención; por otro lado, aquellos Estados partes que no los hayan tipificado deberán igualmente brindar la asistencia y cooperación prevista en la convención en relación con estos delitos, en la medida en que sus leyes lo permitan.

El art. 4 de la Convención UA también opta por establecer un listado de los actos de corrupción que quedarán cubiertos por la convención, a saber: el *soborno pasivo y activo de funcionario público* (art. 4.1. a y b); el *abuso de funciones* (art. 4.1.c); la *malversación, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes* por parte de un funcionario u otra persona (art. 4.1.d); el *soborno en el sector privado* (art. 4.1.e); el *tráfico de influencias* (art. 4.1.f); el *enriquecimiento ilícito* (art. 4.1.g, desarrollado en el art. 8), y el *uso u ocultación del producto* de los actos enumerados (art. 4.1.h). Adicionalmente, el art. 6 recoge el *blanqueo del producto* de la corrupción. Al igual que ocurre con la Convención OEA, los Estados pueden, por acuerdo mutuo, ampliar el alcance de la

³⁰ Según la traducción contenida en el BOE. La versión en inglés del texto habla de *bribery*, por lo que, para mantener la homogeneidad con el resto de los instrumentos analizados y remarcar el contenido específico de esta conducta, aquí se considera preferible referirse en adelante a ella como “soborno”.

³¹ Agentes públicos nacionales, miembros de asambleas públicas nacionales, agentes públicos extranjeros, miembros de asambleas públicas extranjeras, personas que dirijan o trabajen en cualquier calidad para una entidad del sector privado (en el curso de una actividad mercantil), funcionarios internacionales, miembros de asambleas parlamentarias internacionales, y jueces y agentes de tribunales internacionales.

³² Por remisión al art. 6.1 y 2 del Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (ETS n° 141).

convención en sus relaciones respecto de cualquier otro acto de corrupción y delitos conexos no contemplados en el art. 4 (art. 4.2).

El tratado con un alcance más restringido es la Convención OCDE, que limita su ámbito material al delito de *soborno*³³ (*activo*) *de agentes públicos extranjeros*, definido en su art. 1.1 como el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda (directamente o mediante intermediarios) a un agente público extranjero cualquier ventaja indebida, pecuniaria o de otra clase, en beneficio de ese agente o de un tercero, para que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el propósito de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales.

2. Las violaciones de derechos humanos por empresas transnacionales como una forma de corrupción

Como se puede observar, al margen de las diferencias en la condición de agente público o privado de los sujetos activos y pasivos y la finalidad que se pretende buscar (incidir en las funciones propias de un cargo público o en las actividades económicas), la única conducta común a todos los instrumentos analizados es el soborno, delito en el que sería posible encajar las violaciones de derechos humanos (graves o no) cometidos por empresas, como se argumentará a continuación tomando como referencia los dos instrumentos que, dado su número de Estados partes, reflejarían un consenso más generalizado, al menos en términos geográficos (Convención ONU y Convención OCDE), aunque sin obviar las alusiones a los otros tratados mencionados cuando se considere oportuno.

Más allá de la potencial implicación de empresas nacionales en delitos de soborno activo o pasivo, en relación con las empresas transnacionales presenta un particular interés el *soborno activo de agentes públicos extranjeros*, recogido en términos similares en los arts. 16 de la Convención ONU y 1 de la Convención OCDE³⁴. El análisis de los elementos del tipo permite sustentar la afirmación de que las violaciones de derechos humanos por empresas transnacionales podrían encajar en esta modalidad de soborno.

En primer lugar, se requiere que haya una promesa, un ofrecimiento o una concesión de un beneficio indebido a un agente público extranjero. La determinación de la condición de *agente público extranjero* se asemeja en ambos instrumentos: toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido, y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo o una empresa públicos (art. 2.b de la Convención ONU). El art. 1.4.a de la Convención OCDE amplía la definición para incluir también en ella a “cualquier funcionario o representante de un organismo público internacional”,

³³ La documentación de la OCDE en español no utiliza el término “soborno”, sino “cohecho”, aunque, siguiendo la terminología utilizada en la versión en inglés del texto (*bribery*) y para mantener la homogeneidad con el resto de los instrumentos analizados, aquí se prefiere traducirlo por “soborno”.

³⁴ También el art. 5 del Convenio CoE recoge el soborno a funcionarios públicos extranjeros, pero no se introduce la finalidad de obtener ventajas en la realización de actividades económicas internacionales.

modalidad esta que en la Convención ONU aparece definida separadamente en su art. 2.c) (“un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre”)³⁵. En cuanto al *beneficio*, su destinatario no tiene por qué ser el agente público, sino que puede favorecer a una tercera persona, o incluso a una entidad³⁶. Tampoco es necesario que su naturaleza sea económica, sino que puede ser inmaterial³⁷; lo relevante es que se produzca una mejora de la posición del agente o un tercero con respecto a su situación antes de la comisión del delito³⁸, sin que excluya el carácter delictivo de la conducta el que la ventaja obtenida o sus resultados sean de poco valor³⁹.

En segundo lugar, en cuanto al *comportamiento que se pretende obtener del agente público* –esto es, que actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales-, conviene recordar que el Estado –y por ende sus agentes y órganos- tiene tres obligaciones básicas respecto de los derechos humanos: respetarlos, garantizarlos y protegerlos⁴⁰. En este sentido, es perfectamente factible que el fin buscado mediante el soborno sea que el agente del Estado, mediante su acción u omisión, no respete, garantice o proteja derechos humanos internacionalmente reconocidos. La obligación de proteger, que se concreta en la obligación del Estado de impedir las violaciones de derechos humanos por parte de terceros⁴¹, resulta aquí particularmente interesante, puesto que abre las puertas a que las propias empresas cometan violaciones de derechos humanos que, a su vez, y volviendo al elemento precedente, puedan favorecer al agente público o a terceros. Así, no parece descabellado que se pudiera apreciar delito de soborno en supuestos en los que se cometan violaciones de derechos humanos por parte de empresas con el beneplácito de las autoridades estatales y de ello se derive un beneficio para dichas autoridades, como podría ser, por ejemplo, el mantenimiento de su

³⁵ Otros instrumentos son más restrictivos. Así, el Convenio CoE establece que “se interpretará con referencia a la definición de «funcionario», «oficial público», «alcalde», «ministro» o «juez»” en el derecho interno del Estado en el que la persona ejerza tales funciones” (art. 1.a).

³⁶ El informe explicativo del Convenio CoE pone como ejemplos de posibles beneficiarios un pariente, una organización de la que el sobornado forme parte, o el partido político al que pertenezca (COE, *Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption*, 1999, párr. 36, disponible en <https://rm.coe.int/16800cce441999>, última consulta: 08/05/20).

³⁷ Para el CoE serían ejemplos ilustrativos unas vacaciones, comida y bebida, un caso tramitado con más celeridad, una mejora de las perspectivas laborales... (*ibid.*, párr. 37).

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Comentarios a la Convención OCDE, en OCDE, *Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y Documentos Relacionados*, OECD, 2010, disponible en https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf (última consulta: 08/05/20), p. 14, párr. 7, que continúan aclarando que será un delito “independientemente de, inter alia, [...] las ideas de la costumbre local, la tolerancia de esos pagos por parte de las autoridades locales, o la supuesta necesidad del pago para obtener o quedarse con negocios o con otra ventaja indebida”. Por el contrario, excluyen el carácter delictivo de la acción “si la ventaja fuera permitida o requerida por un reglamento o ley escrita del país del servidor público extranjero, incluido el derecho jurisprudencial” (*ibid.*, p. 14, párr. 8).

⁴⁰ *Vid.*, por ejemplo, la doctrina colectiva plasmada en las *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Maastricht, 22-26 de enero de 1997), Directriz II.6 (disponibles en castellano, por ejemplo, en *Derechos Humanos. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, n° 72, 2005, pp. 120-125).

⁴¹ *Ibid.*

posición de poder mediante la “neutralización” de opositores o el control de una determinada zona por el partido político al que pertenece el agente público.

Este último escenario enlaza con el elemento de la *finalidad* de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales. Es precisamente esta intención especial la que permite abarcar con más precisión la reciprocidad de las ventajas que, en contextos de violaciones graves de derechos humanos, se suelen derivar de las estrechas conexiones entre el poder político y las empresas, a diferencia del delito de soborno de un funcionario público nacional (que, a tenor de la literalidad de la Convención ONU, está pensado esencialmente para evitar prácticas inadecuadas que generen un beneficio indebido únicamente a los agentes del Estado, mientras que los beneficios resultantes para quien realiza el soborno serían irrelevantes a los efectos del delito)⁴². Al respecto, si bien resulta claro qué implica la consecución o conservación de un contrato, más vaga es la referencia a un “beneficio irregular”. Según la OCDE, este debe ser entendido como algo a lo que la empresa interesada “claramente no tendría derecho”⁴³, pero la duda persiste en cuanto al marco de referencia normativo para determinar la legalidad del beneficio. En nuestra opinión, dicho marco podría estar integrado tanto por el propio ordenamiento jurídico interno como por el ordenamiento jurídico internacional, no solo en la medida en que el Estado haya asumido voluntariamente obligaciones jurídicas internacionales derivadas de normas dispositivas, sino también y sobre todo por la aplicación de normas imperativas (incluidas las relativas a la obligación de respetar la dignidad humana).

Un caso que puede ilustrar la traslación de estos argumentos a la práctica es la participación durante la dictadura argentina⁴⁴ de diversas empresas automovilísticas internacionales –como Mercedes-Benz, Fiat o Ford– en la represión de trabajadores sindicalmente activos, a la vez que hacían negocios con los militares. Por ejemplo, existen indicios sólidos para vincular a la empresa Fiat con prácticas represivas (detenciones,

⁴² En la misma línea argumental, otro delito que también podría servir para encajar las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas transnacionales podría ser el tráfico de influencias (art. 18 de la Convención ONU), en la medida en que también parte de la premisa de que hay beneficios en dos direcciones: para el funcionario público o cualquier otra persona y para el instigador original del acto o cualquier otra persona.

⁴³ Comentarios a la Convención OCDE, en OCDE, *cit.*, p. 14, párr. 5.

⁴⁴ El caso argentino -analizado también desde la perspectiva financiera en BOHOSLAVSKY, J. P. y OPGENHAFFEN, V., “The Past and Present of Corporate Complicity: Financing the Argentinean Dictatorship”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 23, n° 1, 2010, pp. 157-204- dista mucho de ser el único, ya que la complicidad empresarial en dictaduras y conflictos es una constante. *Vid.*, por ejemplo, PAYNE, L., “Cumplidade empresarial na ditadura brasileira”, *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n° 10, 2013, pp. 260-297; PRADO SOARES, I. V. y FECHER, V., “Empresas privadas e violações aos direitos humanos: possibilidades de responsabilização pela cumplicidade com a ditadura no Brasil”, *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n° 10, 2013, pp. 390-431; BOHOSLAVSKY, J. P., FERNÁNDEZ, K. y SMART, S. (eds.), *Complicidad económica con la dictadura chilena. Un país desigual a la fuerza*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2019; BOHOSLAVSKY, J. P. (ed.), *El negocio del terrorismo de Estado. Los cómplices económicos de la dictadura uruguaya*, Debate, Montevideo, 2016; SÁNCHEZ LEÓN, N. C. *et al.*, *Cuentas claras. El papel de la Comisión de la Verdad en la develación de la responsabilidad de empresas en el conflicto armado colombiano*, Dejusticia, Bogotá, 2018.

palizas, asesinatos, secuestros y desapariciones) sobre más de 100 personas⁴⁵. En este supuesto, parece posible apreciar la concurrencia de los elementos del delito de soborno por parte de la empresa italiana, esto es, la concesión de un beneficio indebido a los agentes públicos argentinos con vistas a que la actuación de estos le comportara ventajas en la realización de actividades económicas internacionales y les permitiera conseguir y/o conservar contratos con el Estado. Así, la empresa colaboró con las autoridades de la dictadura para desplegar una logística informativa que era beneficiosa para ambas partes (al margen de otras ventajas económicas que la empresa obtuvo en el marco de esta relación, como contratos): los militares podían actuar contra los “subversivos” identificados por la empresa, mientras que, gracias a las acciones de los militares, la empresa se deshacía de “los trabajadores activistas que entorpecieran el proceso de producción y pusieran en jaque la productividad empresarial”⁴⁶, lo que permitió un significativo incremento de la producción en algunas plantas⁴⁷. Ante este escenario, no se puede dejar de señalar que Argentina era parte desde 1960 de la Convención de la OIT nº 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación.

III. VENTAJAS DE SUBSUMIR LAS VIOLACIONES GRAVES DE DERECHOS HUMANOS COMETIDAS POR EMPRESAS EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

Las principales ventajas que parecen derivarse de subsumir en los delitos de corrupción las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas serían en esencia dos: el impulso de los tratados aquí analizados a la persecución extraterritorial de esos comportamientos cuando han sido cometidos por empresas (§ 1) –lo que se ilustrará a partir del caso español (§ 2)- y la posibilidad de obtener fondos que puedan destinarse a programas estatales para la reparación de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos (incluso a falta de una condena penal específica por crímenes de Derecho internacional) gracias a las disposiciones sobre recuperación del producto del delito (§ 3).

1. Impulso convencional a la jurisdicción extraterritorial penal sobre los delitos de corrupción

Los obstáculos para procesar extraterritorialmente las violaciones graves de derechos humanos cometidas por empresas podrían quedar atenuados con la aplicación de los tratados internacionales objeto de este análisis, puesto que en ellos se permite a los Estados establecer amplios criterios de competencia jurisdiccional penal respecto de los delitos que tipifican, competencia que alcanza incluso a una jurisdicción extraterritorial más o menos amplia. Este dato pone de manifiesto la voluntad de las partes de poder

⁴⁵ DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA, *Responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad. Represión a trabajadores durante el terrorismo de Estado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2015, tomo II, pp. 248-268. Vid. también GARCÍA MARTÍN, L., “La responsabilidad empresarial por violaciones de los derechos humanos en la justicia transicional: Aportes del caso argentino”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 72, nº 1, 2020, pp. 82-85.

⁴⁶ DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA, *cit.*, p. 256.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 264.

contar con bases competenciales suficientes para hacer frente a la corrupción en sus ordenamientos jurídicos internos. Por otra parte, teniendo en cuenta el alto índice de participación en estos tratados, parece posible afirmar que la persecución extraterritorial de la corrupción está generalmente admitida por los Estados⁴⁸ y, por consiguiente, resulta mucho menos controvertida que la aplicación del principio de jurisdicción universal frente a crímenes de Derecho internacional, que sigue siendo vista por algunos Estados como una potencial intervención en asuntos internos⁴⁹ y tiende a ser fuente de tensiones diplomáticas entre los Estados implicados⁵⁰.

El principal criterio para la asunción de jurisdicción penal es, lógicamente, el principio de territorialidad (incluyendo en su caso el del pabellón), que todos los tratados analizados establecen con carácter obligatorio⁵¹. Casi todas exigen también establecer jurisdicción para los casos en que el presunto delincuente se encuentre en el territorio del Estado y este no lo extradite, en consonancia con el principio *aut iudicare aut dedere*, aunque con matices entre los textos: mientras que en la Convención UA establecer jurisdicción sobre esta base se impone en todo caso (art. 13.1.c), en los arts. 42.3 de la Convención ONU y V.3 de la Convención OEA es obligatorio solo si el Estado deniega la extradición por el hecho de dirigirse contra uno de sus nacionales, y facultativa en el resto de los casos, y en el Convenio CoE se establece como un mínimo obligatorio respecto de los propios nacionales (art. 17.3) si un Estado decide no asumir su jurisdicción sobre la base del principio de personalidad previsto en el art. 17.1⁵².

⁴⁸ Branislav Hock apunta, por ejemplo, que el régimen que establece la Convención OCDE “is an exemplary case to study because some OECD members, such as the U.S., have increasingly been using their anti-bribery laws extraterritorially” (HOCK, B., “Transnational Bribery: When Is Extraterritoriality Appropriate”, *Charleston Law Review*, vol. 11, n° 2, 2017, p. 306).

⁴⁹ Sirvan de ejemplo la posición de Cuba en ONU, doc. A/69/174, *Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal. Informe del Secretario General*, 23 de julio de 2014, párr. 82-87, o de Togo en ONU, doc. A/72/112, *Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal. Informe del Secretario General*, 22 de junio de 2017, párr. 51.

⁵⁰ En este sentido, llama la atención el art. 5 de la Convención OCDE, que blinda frente a posibles interferencias político-económicas y diplomáticas la investigación y persecución de la corrupción de un agente público extranjero al señalar que en ellas “no influirán consideraciones de interés económico nacional, el posible efecto sobre las relaciones con otro Estado o la identidad de las personas físicas o jurídicas implicadas”.

⁵¹ Art. 42.1 de la Convención ONU (incluyendo el principio del pabellón); art. 4.1 de la Convención OCDE; art. 17.1.a) del Convenio CoE (que, de acuerdo con el informe explicativo, cubriría también el principio del efecto -COE, *cit.*, párr. 79-); art. V.1 de la Convención OEA, y art. 13.1.a) de la Convención UA.

⁵² De acuerdo con art. 17.1, los Estados deben asumir su competencia cuando el delito haya sido cometido por “uno de sus nacionales, uno de sus agentes públicos o un miembro de sus asambleas públicas nacionales” (apdo. b) o esté implicado “uno de sus agentes públicos o un miembro de sus asambleas públicas nacionales” o -siempre que sea nacional del Estado- un funcionario o un miembro de una asamblea parlamentaria de una organización internacional de la que el Estado sea parte, o un juez o funcionario de la secretaría de un tribunal internacional cuya competencia sea aceptada por el Estado (apdo. c). Nótese que, *a priori*, la personalidad sería activa, aunque se formula en términos laxos, tomando también en cuenta el cargo (lo que podría suponer atribución de competencia aun en ausencia del vínculo nacional, sobre una base más cercana al principio de protección, aunque ciertamente parece excepcional -pero no imposible- que el tipo de cargos a los que se hace referencia sean desempeñados por no nacionales -*vid.* COE, *cit.*, párr. 80-) y/o la “implicación” de nacionales en el delito (lo que podría dar cabida también al principio de personalidad pasiva o de protección -*vid.* COE, *cit.*, párr. 81, y AMBOS, K., “Los fundamentos del *ius puniendi* nacional; en particular, su aplicación extraterritorial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*,

Este último convenio no es el único que ofrece a los Estados un cierto margen de discrecionalidad a la hora de establecer su jurisdicción sobre la base del principio de personalidad. Así, si bien la Convención OCDE limita la jurisdicción extraterritorial al principio de personalidad activa (art.4.2), no es obligatorio para los Estados activar *ex novo* su competencia sobre la base de este criterio, sino que el mismo solo operará si ya está previsto en la legislación estatal. No obstante, con el fin de reforzar la eficacia del convenio, el art. 4.4 dispone que “cada Parte examinará si su base actual de jurisdicción es eficaz para luchar contra la corrupción de agentes públicos extranjeros y, en caso negativo, tomará las medidas oportunas para subsanarlo”. Se abren por tanto las puertas a una extensión extraterritorial de la jurisdicción estatal, que no sería facultativa, sino obligatoria, si la regulación interna resulta insuficiente para perseguir las conductas delictivas contenidas en el convenio. Por su parte, el principio de personalidad aparece como facultativo tanto en la Convención ONU (personalidad pasiva -art. 42.2.a)- y activa –nacionales y apátridas con residencia habitual en el territorio, art. 42.2.b)-) como en la Convención OEA (personalidad activa –ampliada a la residencia habitual-, art. V.2). Por el contrario, la Convención UA configura como obligatoria la jurisdicción basada en la personalidad activa, ampliada a la residencia (art. 13.1.b).

Otros criterios jurisdiccionales previstos son el principio de protección (facultativo en la Convención ONU⁵³ -cuando el delito se comete contra el Estado, art. 42.2.d)- y obligatorio en la Convención UA -si el delito afecta a los intereses vitales del Estado o tiene efectos perjudiciales en el mismo, art. 13.1.d)-, y la cláusula de cierre por la que se permite asumir jurisdicción sobre la base de cualquier otra regla de competencia penal que los Estados puedan haber establecido en su ordenamiento interno (arts. 42.6 de la Convención ONU, 17.4 del Convenio CoE, V.4 de la Convención OEA y 13.2 de la Convención UA⁵⁴), lo que los habilitaría para prever incluso su competencia extraterritorial sobre la base del principio de jurisdicción universal.

Conviene no olvidar que las disposiciones sobre jurisdicción analizadas pueden ser también aplicadas a las personas jurídicas. En efecto, la mayoría de los instrumentos analizados obligan a los Estados a adoptar las medidas necesarias para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas implicadas en estos delitos⁵⁵ (excepción hecha de las Convenciones OEA y UA⁵⁶, que no hacen ninguna indicación expresa). De esta

nueva serie, año XL, n° 119, 2007, pp. 281 y 283-284-). En cualquier caso, el convenio permite que los Estados se reserven el derecho de no aplicar -o de hacerlo solo en casos o condiciones específicas- estas reglas de competencia (art. 17.2), en cuyo caso deberán aplicar el principio *aut dedere aut judicare* cuando se les solicite la extradición de nacionales (art. 17.3).

⁵³ Que recoge también el principio del efecto (art. 42.2.c), pero solo respecto del delito de blanqueo previsto en el art. 23.1.b.ii).

⁵⁴ Más allá de la jurisdicción estatal, cabe recordar que el art. 28A.1.8 del Estatuto de la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos y de los Pueblos (CAJDHP), anexo al Protocolo de Malabo de 2014 (firmado por 15 Estados -ninguna ratificación- a mayo de 2020), otorga a la CAJDHP competencia para juzgar crímenes de corrupción.

⁵⁵ Art. 26.1 de la Convención ONU (cuando participen), art. 18.1 del Convenio CoE (cuando los delitos se cometan en su beneficio), y art. 2 de la Convención OCDE (en todo caso).

⁵⁶ Si bien el Estatuto de la CAJDHP le atribuye competencia penal sobre las personas jurídicas en su art. 46C.

forma se evita que la responsabilidad de la empresa quede diluida en la responsabilidad individual de quienes actúan en su representación. Ciertamente, los tratados admiten que los Estados puedan configurar la responsabilidad de las personas jurídicas con carácter tanto penal como civil o administrativo⁵⁷. No obstante, ello no necesariamente impide que la investigación y el enjuiciamiento extraterritorial se desarrollen por la vía penal. Por una parte, aunque en algunos ordenamientos jurídicos no se prevé que la responsabilidad de las personas jurídicas sea penal, su determinación y sanción sí se realiza por esta vía⁵⁸. Por otra parte, aunque la cooperación penal internacional está normalmente sujeta a la verificación del principio de doble incriminación, la existencia de marcos convencionales específicos para el desarrollo de tal cooperación garantiza su cumplimiento, y se admite que bastaría con que la conducta sea ilícita en el Estado donde ocurrieron los hechos para que el principio pueda darse por satisfecho⁵⁹.

Recapitulando el análisis sobre los criterios de jurisdicción y trasladándolo al caso de las empresas, se puede concluir que, si bien los tratados dejan a los Estados margen para decidir si limitan o amplían su jurisdicción extraterritorial frente a los delitos de corrupción, este se ve reducido en dos supuestos. En primer lugar, en la mayoría de los textos analizados, el principio *aut iudicare aut dedere* respecto de los propios nacionales se configura -junto con el principio de territorialidad- como un mínimo ineludible para el ejercicio de jurisdicción extraterritorial por los Estados. Ciertamente, la aplicabilidad de este principio a las empresas transnacionales como tales no está exenta de dudas, ya que técnicamente no pueden ser extraditadas, salvo que esa condición de base se interprete en un sentido amplio, como sugiere Olivier De Schutter, para quien este principio puede implicar la posibilidad de deducir la imposición de sanciones a una empresa “presente” en el territorio del Estado⁶⁰. En este caso, además, se debe añadir el requisito de la nacionalidad, elemento sobre el que también pivota el segundo supuesto de restricción de la discrecionalidad de los Estados: la previsión del art. 4.4 de la Convención OCDE, que impulsa la incorporación a los ordenamientos jurídicos internos de disposiciones que favorezcan la jurisdicción extraterritorial sobre la base de la nacionalidad, en la medida en que ello sea necesario para garantizar el objeto y fin del tratado. Sin embargo, pese al lugar central que se otorga a este elemento en la determinación de la obligación estatal de ejercer jurisdicción extraterritorial, ninguno de los tratados concreta cuándo una persona

⁵⁷ Art. 26.2 de la Convención ONU; art. 3.2 de la Convención OCDE y Comentarios a la Convención OCDE, en OCDE, *cit.*, p. 15, párr. 20; art. 19.2 del Convenio CoE y COE, *cit.*, párr. 88.

⁵⁸ Es el caso de Perú, donde la responsabilidad se caracteriza como administrativa, pero su determinación y sanción se realiza por vía penal, de acuerdo con la Disposición Complementaria Final Tercera de la Ley n° 30424 (Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional), *Diario Oficial El Peruano*, 21 de abril de 2016, ampliada por el Decreto Legislativo n° 1352 (Decreto Legislativo que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas), *Diario Oficial El Peruano*, 7 de enero de 2017. También Suecia prevé sanciones penales para las personas jurídicas aun considerando que solo incurrir en responsabilidad penal las personas físicas (*vid. supra* nota 7).

⁵⁹ *Vid.* Comentarios a la Convención OCDE, en OCDE, *cit.*, p. 16, párr. 26.

⁶⁰ DE SCHUTTER, O., *Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations*, Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, 22 December 2006, p. 18, disponible en <https://cridho.uclouvain.be/documents/Working.Papers/ExtraterrRep22.12.06.pdf> (última consulta: 08/05/20).

jurídica ostenta la nacionalidad del Estado, cuya determinación puede estar sujeta a criterios diversos⁶¹.

Así las cosas, las previsiones de los tratados contra la corrupción contrarrestarían en cierta medida el panorama descrito (e insuficientemente tratado⁶²) por John Ruggie en sus comentarios a los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, donde constata que “las normas internacionales de derechos humanos no exigen generalmente que los Estados regulen las actividades extraterritoriales de las empresas domiciliadas en su territorio y/o su jurisdicción”, si bien “[t]ampoco lo prohíben, siempre que haya una base jurisdiccional reconocida”⁶³. En el caso de los delitos de corrupción, como se ha señalado, no solo se permite, sino que puede llegar a ser obligatorio el ejercicio de jurisdicción penal extraterritorial respecto de empresas con la nacionalidad del Estado. Con todo, es innegable que el enjuiciamiento extraterritorial de violaciones graves de derechos humanos cometidas por empresas transnacionales sería mucho más sencillo si se adoptara un tratado internacional que previera expresamente esa opción. En este sentido, cabe recordar que el art. 7.1.c) del Proyecto revisado 2019, actualmente en discusión, propone atribuir jurisdicción sobre las violaciones de derechos humanos indicadas en el art. 6.7 a los tribunales del Estado donde esté domiciliada la persona física o jurídica que presuntamente haya cometido tales violaciones. El domicilio constituye un parámetro de referencia más generoso que el de la nacionalidad, ya que se traduciría, de acuerdo con el art. 7.2, en el lugar donde la persona jurídica: a) haya sido constituida, b) tenga su sede estatutaria, c) tenga su administración central, o d) tenga intereses empresariales relevantes⁶⁴.

⁶¹ Vid. por ejemplo MEREMINSKAYA, E., “Nacionalidad de las personas jurídicas en el Derecho internacional”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 18, n° 1, 2005, pp. 145-170.

⁶² Se comparte plenamente la opinión de LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E., “Las empresas transnacionales y la aplicación extraterritorial de las obligaciones internacionales de derechos humanos: algunas reflexiones”, en DÍAZ BARRADO, C. M., RODRÍGUEZ BARRIGÓN, J. M. y PEREIRA COUTINHO, F. (dirs), *Las empresas transnacionales en el Derecho internacional contemporáneo. Derechos humanos y Objetivos de Desarrollo Sostenible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 46-47.

⁶³ ONU, doc. A/HRC/17/31, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, 21 de marzo de 2011, p. 8, comentario al principio 2: “Los Estados deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades”. Vid. al respecto GOBIERNO DE ESPAÑA, *Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos*, Dirección General de Comunicación e Información Diplomática, Madrid, 2019, p. 12, donde se especifica que: “El Estado espera de las empresas españolas, en España y en el extranjero, un comportamiento conforme con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, lo que implica que deben actuar con la diligencia debida, en función de su tamaño y circunstancias, para evitar la violación de los derechos de terceros y para hacer frente a los impactos adversos de su actividad. A este respecto, además de recordar la obligación que incumbe al Estado de proteger los derechos humanos, inclusive de abusos que puedan resultar de la actividad empresarial, conviene referirse aquí a la necesidad de preservar la reputación del Estado y de promover la Marca España”. Pese a la inconcreción de las consecuencias que se derivarían de un comportamiento inadecuado, la referencia a la actuación en el extranjero parecería mostrar una disposición favorable del Estado a actuar extraterritorialmente frente a las violaciones de derechos humanos cometidas en terceros Estados.

⁶⁴ Con todo, Alberto Jiménez-Piernas considera que los criterios y nexos jurisdiccionales previstos en este artículo “son imprecisos”, y que “no es probable que este tratado logre situarse por encima de los complejos requisitos necesarios para que un tribunal de un Estado se declare competente sobre hechos ocurridos en

2. Incidencia en la práctica interna: el caso español.

Un Estado que recoge la responsabilidad penal de las personas jurídicas es España, aunque no se prevé con carácter general, sino solo respecto de una lista cerrada de delitos⁶⁵, entre los que no se encuentran el genocidio, los crímenes contra la humanidad o los crímenes de guerra (arts. 607 a 614 bis del Código Penal [en adelante CP]). El caso español resulta particularmente interesante a los efectos de este estudio, puesto que la reforma de la jurisdicción extraterritorial operada por la Ley Orgánica 1/2014 (que eliminó del art. 23.4 de la LOPJ la jurisdicción universal, sustituyéndola por otros criterios de atribución de competencia⁶⁶) fue justificada por el legislador sobre la base de la necesidad de adaptar las obligaciones jurídicas internacionales que se derivaban, por ejemplo, de la Convención OCDE⁶⁷, y más concretamente de dar cumplimiento a lo previsto en su art. 4.4. El resultado fue la inclusión de un apartado n) en el art. 23.4 LOPJ que extiende la jurisdicción extraterritorial española a delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales cuando, entre otros supuestos, “el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España” (apdo. 4º).

Esta previsión debe ser conectada con el art. 286ter.1 CP, que tipifica la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, y lo hace siguiendo la formulación de la Convención OCDE y la Convención ONU⁶⁸, lo que permite trasladar al ordenamiento jurídico español la argumentación avanzada sobre el encaje de las violaciones de derechos humanos en el delito de soborno de agentes públicos extranjeros. A mayores, el art. 286quater establece la imposición de la pena en su mitad superior (pudiendo llegar hasta la superior en grado) si los hechos “resultaran de especial gravedad”, una condición que, de acuerdo con este precepto, se cumplirá siempre que: a) el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado, b) la acción del autor no sea meramente ocasional, c) se

otro Estado” (JIMÉNEZ-PIERNAS GARCÍA, A., “La idoneidad de un nuevo tratado multilateral sobre empresas y derechos humanos”, en DÍAZ BARRADO, C. M., RODRÍGUEZ BARRIGÓN, J. M. y PEREIRA COUTINHO, F. (dirs), *cit.*, p. 333).

⁶⁵ Una lista actualizada de los delitos que pueden cometer las personas jurídicas está disponible en <https://personasjuridicas.es/catalogo-de-delitos-vigente/> (última consulta: 08/05/20).

⁶⁶ *Vid.* ALIJA FERNÁNDEZ, R. A., “The 2014...”, *cit.*, pp. 719-720. Con respecto a los crímenes de guerra, el texto resultante es más ambiguo, pues podría tener cabida cierta jurisdicción universal respecto de ellos como consecuencia de la aplicación del principio *aut dedere aut iudicare*.

⁶⁷ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal (BOE nº 63, de 14 de marzo de 2014, p. 23026).

⁶⁸ “Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio”.

trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, o d) el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad. Estos criterios podrían ser aplicables a casos de violaciones de derechos humanos (por ejemplo, cuando se puede apreciar la sistematicidad de la práctica, o cuando el negocio afectara a bienes de primera necesidad, como puede ser el alimento o la vivienda, o incluso, forzando la interpretación, cuando la ventaja obtenida tenga un valor no ya “especialmente elevado”, sino incalculable, por consistir en la eliminación de personas que resultan un obstáculo para los objetivos de la empresa).

Combinando las previsiones del CP y de la LOPJ resultaría entonces que las violaciones de derechos humanos vinculadas a una empresa transnacional con sede o domicilio social en España que participara en la violación grave de derechos humanos en otro Estado a través del soborno de agentes públicos extranjeros podría ser enjuiciada en España, lo que abre una vía a la represión de tales prácticas lesivas de los derechos humanos, aunque sea de forma indirecta, sin necesidad de cumplir los requisitos que el art. 23.4.a) LOPJ impone para poder enjuiciar a los presuntos autores de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (es decir: además de ser personas físicas, que sean nacionales españoles o extranjeros con residencia habitual en España, o bien extranjeros que se encuentren en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas).

3. El decomiso de bienes como una vía para facilitar las reparaciones.

Una segunda ventaja que ofrece el subsumir las violaciones de derechos humanos en delitos de corrupción sería la previsión en los tratados internacionales de que los productos del delito sean decomisados, entre otras posibles sanciones. Así, el art. 31 de la Convención ONU establece la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias para autorizar el decomiso, entre otros, del producto de delitos tipificados con arreglo a la Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto (apdo. 1.a). Ello alcanza incluso a los bienes en los que se haya transformado total o parcialmente ese producto del delito (apdo. 4); al supuesto en el que el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas (apdo. 5) –en cuyo caso “esos bienes serán objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado”–; y a los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido dicho producto o de bienes con los que se haya entremezclado ese producto del delito (apdo. 6). El principal límite que la convención marca –además de la necesidad de que estas previsiones se ajusten a los principios que rijan en cada ordenamiento jurídico interno– es que los derechos de terceros de buena fe no resulten perjudicados (art. 31.9).

El Convenio CoE, por su parte, dispone la obligación de que las partes adopten las medidas necesarias para poder confiscar los instrumentos y productos de los delitos tipificados, o bienes de valor equivalente (art. 19.3). Otro tanto hace la Convención OCDE al imponer la obligación de tomar las medidas necesarias para disponer que el producto del soborno, o los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto, “estén sujetos a incautación y decomiso, o sean aplicables sanciones monetarias de efecto

comparable” (art. 3.3). En la Convención UA, en cambio, las medidas que los Estados deben adoptar a tal fin se limitan a las de carácter legislativo (art. 16). Por último, la Convención OEA establece que los Estados dispondrán de los bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con este tratado, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes “de acuerdo con su propia legislación” (art. XV.2), para cuya recuperación impone la asistencia mutua entre las partes (art. XV.1).

El hecho de que se exija a los Estados configurar el decomiso en sus ordenamientos jurídicos como una consecuencia de la comisión del ilícito, y que además se articule convencionalmente la asistencia mutua entre las partes a tal fin, facilita que el Estado recupere una masa monetaria y patrimonial que puede ser destinada a programas administrativos de reparación de víctimas⁶⁹, lo cual ofrece algunas ventajas con respecto al resarcimiento de las víctimas derivado de la responsabilidad civil extracontractual determinada en sede judicial. Por un lado, es importante tener en cuenta que el decomiso es una consecuencia del delito distinta tanto de la pena como de la responsabilidad civil derivada del delito⁷⁰, y por tanto se añade a estas, sin sustituirlas. En consecuencia, un proceso penal permite no solo deducir responsabilidades penales por la comisión de un delito e imponer la correspondiente pena, sino también dirimir la responsabilidad civil derivada del daño causado por el hecho ilícito, y, a mayores, exigir a la persona jurídica que cumpla la consecuencia accesorio del decomiso. Por otro lado, el decomiso atiende a la potestad sancionadora del Estado, no a la existencia de víctimas de un daño para quienes surge un derecho subjetivo a la reparación, como ocurre en la responsabilidad civil. En consecuencia, el patrimonio obtenido no está necesariamente orientado a la satisfacción de los titulares del derecho a la reparación del daño, de conformidad con la determinación realizada en sede judicial. Por tanto, el Estado puede destinar el patrimonio decomisado para reparar también a víctimas de violaciones de derechos humanos que no dispongan de una sentencia judicial que les reconozca ese derecho⁷¹.

Un precedente de aplicación del producto de delitos de corrupción y bienes incautados a este tipo de programas sería el Fondo Especial de Administración del Dinero obtenido Ilícitamente en perjuicio del Estado (FEDADOI), establecido en Perú en 2001⁷² para

⁶⁹ De acuerdo con el Comité Asesor del CDH, desde una perspectiva de derechos humanos el Estado sería el responsable último de los actos de corrupción, por lo que surgiría para él “la obligación no solo de enjuiciar esos delitos, sino también de adoptar medidas para combatir las repercusiones negativas de este fenómeno” (ONU, doc. A/HRC/28/73, *cit.*, párr. 28). En la misma línea, la COM.IDH ha afirmado que el Estado tiene “la obligación de reparar integralmente a las víctimas de corrupción que constituyan violaciones de derechos humanos” (COM.IDH, *Corrupción...*, *cit.*, p. 109, párr. 273).

⁷⁰ *Vid.* DÍAZ CABIALE, J. A., “El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 18-10, 2016, pp. 26-27 y 47-48, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-10.pdf> (última consulta: 08/05/20).

⁷¹ En todo caso, “los programas de reparación no deben quedar condicionados ni supeditados a la recuperación de dichos bienes en los casos en que al Estado corresponde claramente la responsabilidad por las violaciones, ya sea por acción u omisión” (ONU, doc. A/69/518, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Pablo de Greiff, 14 de octubre de 2014, párr. 57.b).

⁷² Decreto de Urgencia n° 122-2001, *Diario Oficial El Peruano*, 28 de octubre de 2001, disponible en <http://www.pcm.gob.pe/InformacionGral/fedadoi/Legal/DU-122-2001-CREACION-FEDADOI.pdf>. En

recuperar dinero proveniente de actividades ilícitas (vinculadas, entre otros delitos, a la comisión de crímenes contra la humanidad) bajo el gobierno de Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos. No obstante, no incluía delitos cometidos por personas jurídicas, cuya responsabilidad penal por la comisión de delitos no se introdujo en el ordenamiento jurídico peruano hasta 2016⁷³.

IV. INCONVENIENTES DE SUBSUMIR LAS VIOLACIONES GRAVES DE DERECHOS HUMANOS COMETIDAS POR EMPRESAS EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

La valoración de la propuesta que aquí se presenta no estaría completa si se limitara a exponer sus potenciales ventajas, puesto que, desde un enfoque iusinternacionalista, también presenta inconvenientes que no pueden ser desdeñados⁷⁴. Para empezar, aunque pueda resultar una aproximación pragmática para hacer frente a actuaciones empresariales lesivas de los derechos humanos, no se puede negar que desvirtúa en gran medida la lógica propia de la defensa de los derechos humanos, en tanto que la finalidad de estos delitos no es tutelar el valor intrínseco de la dignidad humana, sino otros bienes

términos de reparaciones a víctimas de violaciones de derechos humanos, la experiencia del FEDADOI no resultó satisfactoria, puesto que solo destinó a este fin un 3,3% del dinero recuperado (LA REPÚBLICA, “Fedadoi es ‘caja chica’ del Gobierno”, disponible en <https://larepublica.pe/politica/303837-fedadoi-es-caja-chica-del-gobierno/>). Última consulta de ambos sitios web: 08/05/20.

Otro ejemplo, aunque no conectado específicamente a delitos de corrupción, es el Fondo para la Reparación a las Víctimas, que gestiona, entre otros, bienes y recursos procedentes de personas o grupos armados ilegales en el marco de los procesos Justicia y Paz en Colombia (arts. 11C y 11D de la Ley 975 de 2005, modificados por los arts. 7 y 8 de la Ley 1592 de 2012, *Diario Oficial* n° 48.633 de 3 de diciembre de 2012, cuyo art. 11.5 incluye la entrega de bienes producto de la actividad ilegal como un requisito de elegibilidad para la desmovilización individual).

⁷³ *Vid. supra* nota 58.

⁷⁴ No se entrará aquí a examinar los problemas prácticos que pueden suscitar la investigación y el procesamiento extraterritorial de estos delitos, pues no difieren demasiado de los que se plantean respecto de los crímenes de Derecho internacional cometidos en un tercer Estado (implicación de agentes estatales y tendencia a la impunidad; obtención y aseguramiento de pruebas; protección de testigos; bajo nivel de especialización de la policía, la judicatura y la fiscalía...), si bien es cierto que aquí se sumarían las dificultades propias del procesamiento de delitos corporativos, por ejemplo: la utilización del velo corporativo, la aplicación del *forum non conveniens*, el uso de tecnología para el desarrollo de su actividad transnacional, la existencia de marcos normativos sobre comercio e inversiones favorables a las empresas, la personalidad jurídica separada y la responsabilidad limitada de los accionistas,... Al respecto, *vid.*, por ejemplo, GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. y MORENO GONZÁLEZ, G., *cit.*, pp. 35-36; DIAMANTIS, M. E. y LAUFER, W. S., “Prosecution and Punishment of Corporate Criminality”, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 15, 2019, pp. 453-472; BARROSO GONZÁLEZ, J. L., “Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica”, *Revista IUS*, vol. 9, n° 35, 2016, pp. 109-113; AMNESTY INTERNATIONAL / INTERNATIONAL CORPORATE ACCOUNTABILITY ROUNDTABLE, *The Corporate Crimes Principles: Advancing Investigations and Prosecutions in Human Rights Cases*, October 2016, p. 9, disponible en <https://www.commercecrimehumanrights.org/wp-content/uploads/2016/10/CCHR-0929-Final.pdf> (última consulta: 08/05/20). Estas particularidades podrían ser consideradas un inconveniente adicional a la hora de optar por la estrategia aquí propuesta; sin embargo, la existencia de marcos convencionales específicos orientados a armonizar los tipos penales y facilitar la cooperación penal internacional, tanto policial como judicial, respecto de los delitos de corrupción parece constituir una ventaja con respecto a la investigación extraterritorial de los crímenes de Derecho internacional.

jurídicos distintos, no siempre fáciles de determinar⁷⁵, los cuales, por simplificar, se podría decir que serían un buen funcionamiento de la Administración⁷⁶, o del mercado, en el caso de la corrupción en el sector privado⁷⁷. Desde este punto de vista, y en particular en este segundo caso, el hecho de que la violación de los derechos humanos sea instrumentalizada para alterar el funcionamiento del mercado en beneficio de actores determinados (o en provecho propio o ajeno en el caso de la corrupción en el sector público) resulta una banalización axiológicamente inadmisibles de la dignidad humana⁷⁸.

No obstante, aunque desde la perspectiva del Derecho internacional los tratados aquí examinados estén principalmente buscando reforzar la protección de intereses que se ubican bien en el plano de los elementos del Estado (asegurando el correcto funcionamiento del elemento de la organización política estatal), bien en el plano de las relaciones económicas capitalistas (evitando distorsiones en el mercado), cabe señalar que la incidencia de la corrupción sobre los derechos humanos es subrayada por algunos de los instrumentos examinados como un aspecto más o menos central que justifica la adopción de medidas en este ámbito. El Convenio CoE, por ejemplo, destaca en su preámbulo que la corrupción es “una amenaza para [...] los derechos humanos”. Más significativa es aún la posición de la Convención UA, que no se limita a invocar los derechos humanos en el preámbulo, sino que incluye entre los objetivos de la convención la promoción del desarrollo socioeconómico mediante la eliminación de los obstáculos al disfrute de los derechos humanos (art. 2.4), reconociendo de esta forma la relación directa (en términos negativos) entre estos y la corrupción. Además, impone expresamente a los Estados Partes la obligación de respetar los derechos humanos de acuerdo con la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y otros instrumentos relevantes de derechos humanos, como un principio fundamental de la convención (art. 3.2).

⁷⁵ En este sentido, por ejemplo, DE LA MATA BARRANCO, N. J., “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 17, 2006, p. 82; en relación con la corrupción privada, GIL NOBAJAS, M. S., “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pp. 571-580. La dificultad para concretar los diversos bienes jurídicos que se pretenden tutelar en los delitos de corrupción se intuye también en el preámbulo de alguno de los instrumentos examinados, como ocurre con el Convenio CoE, en el cual se justifica la adopción del tratado sobre la base de que “la corrupción constituye una amenaza para la primacía del derecho, la democracia y los derechos humanos, que la misma socava los principios de una buena administración, de la equidad y de la justicia social, que falsea la competencia, obstaculiza el desarrollo económico y pone en peligro la estabilidad de las instituciones democráticas y los fundamentos morales de la sociedad”.

⁷⁶ Loos entiende que es la preservación y el funcionamiento de las instituciones, pues estos delitos ponen en peligro la existencia del sistema, al amenazar la confianza del público (LOOS, F., “Del «bien jurídico» en los delitos de cohecho”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n° 5, 2009, pp. 271-272). *Vid.*, asimismo, PLANCHADELL GARGALLO, A., “Las víctimas en los delitos de corrupción (panorama desde las perspectivas alemana y española)”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 36, 2016, p. 11.

⁷⁷ BOLEA BARDON, C., “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, *InDret*, n° 2, 2013, pp. 13-14; BENITO SÁNCHEZ, D., “Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo”, *Estudios de Deusto*, vol. 63, n° 1, 2015, pp. 216-217.

⁷⁸ En este sentido, SEPÚLVEDA CARMONA, M., *cit.*, p. 4.

Aun así, la vía penal lógica (y más ajustada a las exigencias del ordenamiento jurídico internacional) para hacer frente a estos comportamientos sería a través de su punición en tanto que crímenes de Derecho internacional propiamente dichos, de manera que quedara reflejado en el reproche penal el carácter sistémico y flagrante de las violaciones de derechos humanos (o, en su caso, del Derecho internacional humanitario). De hecho, optar por el enfoque aquí propuesto supone renunciar a algunas de las ventajas que se derivan de imputar un crimen de Derecho internacional. Así ocurre, por ejemplo, con la prescripción. Actualmente, la imprescriptibilidad de tales crímenes (o la previsión de plazos muy largos de prescripción) es un principio bien asentado en el Derecho internacional⁷⁹. De hecho, el art. 8 del Proyecto revisado 2019 establece la obligación de que los ordenamientos jurídicos internos los consideren imprescriptibles (apdo. 1), mientras que para el resto de las violaciones de derechos humanos previstas en su art. 6.7 solo requiere que los plazos de prescripción sean lo suficientemente amplios como para permitir “a reasonable period of time for the investigation and prosecution of the violation, particularly in cases where the violations occurred in another State” (apdo.2). Similar a este segundo supuesto es lo que ocurre con los delitos de corrupción, sujetos a plazos de prescripción más bien cortos, si bien se tiende a admitir cada vez más la necesidad de alargarlos⁸⁰, de conformidad con los tratados internacionales en la materia. En esta línea, el art. 29 de la Convención ONU dispone que:

Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia.

Aunque en términos más imprecisos, el art. 6 de la Convención OCDE indica asimismo que para los delitos de soborno de agentes públicos extranjeros “se establecerá un plazo suficiente para permitir la investigación y persecución de este delito”.

También la operatividad del principio de legalidad determina que el ámbito de aplicación temporal sea más limitado en los delitos de corrupción que en los crímenes de Derecho

⁷⁹ HESSBRUEGGE, J. A., “Justice Delayed, Not Denied: Statutory Limitations and Human Rights Crimes”, *Georgetown Journal of International Law*, vol. 43, n° 2, 2012, pp. 346-356. La configuración como norma de Derecho internacional general es analizada en detalle en KOK, R. A., *Statutory Limitations in International Criminal Law*, T.C.M. Asser Press, The Hague, 2007, pp. 393-429.

⁸⁰ Por ejemplo, en 2010 Transparency International consideraba que los plazos de prescripción en varios países de la Unión Europea eran demasiado cortos y recomendaba incrementarlos (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Timed out: statutes of limitations and prosecuting corruption in EU countries*, Transparency International, Berlin, 2010, p. 12). También VANDEBROEK, E., MERCKX, T. y VERBRUGGEN, F., *Project HOME/2010/ISEC/AG/081 - Prevention of fraud, corruption and bribery committed through legal entities for the purpose of financial and economic gain. Comparative Overview*, Asser Institute – Centre for International and European Law / The Polish Institute of International Affairs, Den Haag, 26 October 2012, p. 31, disponible en <https://www.asser.nl/upload/documents/20121105T110134-Comparative%20Overview.pdf> (última consulta: 08/05/20). En los últimos años, varios Estados han ampliado los plazos de prescripción (TRANSPARENCY INTERNATIONAL ITALIA, *Impact of statutes of limitations in corruption cases affecting EU financial interests. A comparative report*, Transparency International Italia, Milano, 2016, p. 1).

internacional. La tipificación de estos últimos en el ordenamiento jurídico internacional podría decirse que se produjo hacia mediados del siglo XX⁸¹, mientras que los tratados sobre corrupción se adoptaron todos a finales de los años 90 y principios de los 2000. Este dato, combinado con los plazos de prescripción, determina la imposibilidad de perseguir por esta vía violaciones de derechos humanos cometidas décadas atrás por o con la participación de empresas.

Por último, pero no menos importante, hay que tener presentes las consecuencias que puede tener para las víctimas de las violaciones graves de derechos humanos el optar por la estrategia aquí propuesta, en particular en términos de reparaciones. Cabe recordar que en las últimas dos décadas se han producido avances significativos en el ordenamiento jurídico internacional con relación a la reparación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario. Al respecto, se deben señalar el *Conjunto actualizado de principios para la lucha contra la impunidad*⁸² y los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*⁸³, ambos de 2005, que abordan el derecho de tales víctimas a la reparación de manera amplia y enumeran numerosas medidas con un enfoque omnicomprensivo, abarcando la restitución, la indemnización, la satisfacción, la rehabilitación y las garantías de no repetición. De acuerdo con el Relator Especial de la ONU sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, para que las medidas adoptadas a este título tengan una verdadera dimensión reparatoria resultan centrales, entre otros, dos aspectos: a) que la magnitud de las reparaciones sea “proporcional a la gravedad de las violaciones, las consecuencias que tuvieron para las víctimas, la vulnerabilidad de estas, y la intención de manifestar el compromiso de defender el principio de la igualdad de derechos para todos”⁸⁴, y b) que las medidas se dirijan específicamente a las víctimas, no al conjunto de la sociedad⁸⁵. Así las cosas, no parece que una condena por corrupción pueda cumplir ambas exigencias: difícilmente reflejará la gravedad y las consecuencias de las violaciones de derechos humanos, ya que no es ese el bien jurídico protegido, y *a priori* tampoco buscará reparar específicamente a las

⁸¹ Como momentos clave, se pueden señalar: 1948, año de la adopción de la Convención para la represión y sanción del crimen de genocidio; 1949, en que se adoptan las cuatro Convenciones de Ginebra sobre el trato debido a las víctimas de los conflictos armados; en relación con los crímenes contra la humanidad, aunque las fechas puedan ser más discutibles, se consideran relevantes 1950 y 1954, años de la adopción, respectivamente, de los Principios de Núremberg por la Asamblea General de la ONU y del primer proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad por la CDI.

⁸² ONU, doc. E/CN.4/2005/102, *Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad*, 18 de febrero de 2005.

⁸³ ONU, doc. A/RES/60/147, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, 16 de diciembre de 2005.

⁸⁴ ONU, doc. A/69/518, *cit.*, párr. 47.

⁸⁵ *Ibid.*, párr. 61.

víctimas de tales violaciones⁸⁶, puesto que, en el mejor de los casos, la víctima del delito de corrupción será la ciudadanía en general⁸⁷.

V. CONCLUSIONES

Ante las reticencias de los Estados a investigar y procesar a las empresas transnacionales que cometen en el extranjero violaciones graves de derechos humanos constitutivas de crímenes de Derecho internacional, recurrir a los tratados internacionales que regulan la respuesta penal frente a la corrupción se presenta como una estrategia potencialmente útil para exigirles responsabilidad penal. En particular, hay argumentos para defender que tales violaciones pueden subsumirse en el delito de soborno (o cohecho, o corrupción en sentido estricto), y más en concreto ser constitutivas de soborno a agentes públicos extranjeros, dados los beneficios que su comisión puede proporcionar tanto a las empresas transnacionales como a los agentes públicos del Estado en el que desarrollan sus operaciones, quienes, a su vez, se abstienen de cumplir su obligación de proteger los derechos humanos.

Optar por esta vía puede facilitar la persecución extraterritorial de las empresas transnacionales, pues no solo los tratados sobre corrupción favorecen el establecimiento dentro de los ordenamientos internos de diversos criterios de atribución de jurisdicción penal, sino que, además, su nivel de ratificación por los Estados sugiere un consenso sobre la necesidad de cooperar para perseguir estos delitos -también cuando son cometidos por personas jurídicas-, por lo que su represión extraterritorial parece resultar menos controvertida que la de los crímenes de Derecho internacional. Por otra parte, las previsiones convencionales insisten en la necesidad de adoptar medidas para recuperar el producto del delito, lo que permitiría al Estado disponer de una masa patrimonial que podría asignarse a la reparación de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos a través de programas administrativos de reparaciones.

No obstante, aunque pueda resultar una estrategia práctica para actuar frente a empresas transnacionales implicadas en la comisión de violaciones graves de derechos humanos, dista mucho de ser una solución perfecta, en particular porque su finalidad primordial no es proteger la dignidad humana, por lo que perseguir violaciones graves de derechos humanos por esta vía y no en tanto que crímenes de Derecho internacional lanza un mensaje equivocado a la comunidad internacional, desvirtuando la gravedad que estas conductas tienen por su alcance, su carácter sistémico y flagrante, y la habitual implicación de agentes y órganos del Estado en su comisión. Asimismo, no resulta posible extrapolar a estos delitos algunas de las ventajas que se derivan de la tipificación de tales violaciones como crímenes de Derecho internacional, como ocurre con la imprescriptibilidad o la posibilidad de invocar el principio de legalidad internacional, ni tampoco parece previsible que una condena por corrupción pueda tener un adecuado

⁸⁶ Aunque esa posibilidad no deba excluirse totalmente, tal y como se argumenta en el apartado 2.2 *supra*.

⁸⁷ PLANCHADELL GARGALLO, A., *cit.*, pp. 69-71. David Hess aboga por introducir un enfoque de derechos humanos en la lucha contra la corrupción para que esta práctica deje de ser vista como un delito sin víctimas (HESS, D., *cit.*, p. 678).

efecto reparatorio para las víctimas, pues difícilmente será proporcional a la magnitud de las violaciones y en teoría no pretenderá reparar específicamente a quienes han visto sus derechos humanos gravemente lesionados.

Estos inconvenientes llevan a concluir que la estrategia aquí planteada solo puede ser vista como un parche en ausencia de una actuación decidida por parte de los Estados para enjuiciar a las empresas transnacionales implicadas en la comisión de crímenes de Derecho internacional -también cuando son perpetrados en terceros Estados- como una prioridad sobre la que en ningún caso no deberían prevalecer intereses económicos. Mucho más adecuado sería poder disponer de un tratado internacional que regulara específicamente las consecuencias jurídicas internacionales derivadas de la comisión de violaciones de derechos humanos por empresas, incluidas las que operan transnacionalmente. Las discusiones en el marco del CDH sobre un proyecto de instrumento jurídicamente vinculante en esta materia parecen apuntar en la buena dirección, pero todavía es pronto para saber en qué resultarán -si es que llegan a buen puerto- y cuántos Estados estarán dispuestos a obligarse por el texto resultante. Mientras tanto, las víctimas no tendrán más remedio que seguir explorando vías para lograr que las empresas se responsabilicen por las violaciones de derechos humanos que cometan. La aquí propuesta, pese a sus inconvenientes, podría ser una opción.